



2017 법원직 민사소송법 문제 해설

by 김춘환

* 총평

이번 시험은 작년 보다는 조금 난이도가 상승했다고 볼 수 있습니다. 정답과는 거의 상관이 없었지만, 생소한 지문을 끼워 넣어 정확하게 공부한 사람이 아니라면, 시험장에서 당황할 수 있게 만든 문제가 몇 개 있었습니다. 그리고 민소법 전반에 걸쳐 출제된 것이 아니라 특정 영역에서 출제된 부분이 많았습니다(아래 출제영역 표 참고). 다만 정답 자체는 확실한 문제가 많아서, 실력이 있는 수험생이라면 문제를 맞추는 데는 크게 지장은 없었다고 보여 집니다. 그렇다고 하여도 3개 정도의 지문을 제외하면 강사의 기본서, 조문집, 기출문제집 등에서 거의 100% 출제가 되었으므로, 평소에 강사가 강조하듯이 어느 한권으로 단권화를 한 사람이면 무난하게 84점 이상은 받았을 것으로 봅니다. 그리고 틀린 지문이 확실하여 문제 자체를 틀리지는 않았을 것이지만, 법원실무제요(Ⅱ), 466면, 주석 민소법(Ⅲ), 494면에 있는 ‘68마1100결정’을 옳은 지문으로 출제하였는데, 문제가 있는 판례라고 봅니다(자세한 것은 아래 해설에서 설명하였습니다). 무엇보다 이번 시험의 특징은 조문 문제를 많이 출제하였다는 것입니다. 제가 평소 강의에서 강조하듯이 민법과 달리 민소법은 절차법이므로 절차에 대한 선행적인 이해와 절차로 되어 있는 법조문들을 반드시 “이해” 위주로 공부해야 고득점이 가능합니다. 소위 “두”문자니 암기니 하는 것들은 실제 시험에서는 크게 도움이 되지 못 합니다. 앞으로도 이런 출제방향이 유지될 것으로 보이므로, 제 기본강의부터 기본교재를 “정독”하면서 먼저 “이해”를 하는 공부가 되어야 할 것입니다. 그렇게 해야 나중에 정리, 암기해야 하는 양을 줄일 수가 있을 것입니다. 그리고 민소법은 쉽든 어렵든, 매년 2천명 넘게 과락자가 나오는 과목이므로, 혹 저득점이나 과락을 받은 수험생이 있다면, 겸허하게 아직은 자신의 실력이 부족하다고 생각하고 더 열심히 하셔야 합니다. 수험생 분들 모두 수고하셨고, 당분간 편히 휴식을 취하시기 바랍니다.

김춘환 드림

분야	세부분야	출제문제수
총론		0문제
당사자	법원	2문제
	당사자	2문제
제1심의 소송절차	소송의 개시	5문제
	변론	4문제
	증거	2문제
소송의 종료	총설	0문제
	당사자행위에 의한 종료	2문제
	종국판결에 의한 종료	2문제
병합소송	병합청구소송	2문제
	다수당사자소송	2문제
	당사자의 변경	0문제
상소심절차	총설	1문제
	항소	



	상고	
	항고	
재심절차		0문제
간이소송절차		1문제

【문 1】 A가 B를 상대로 제기한 손해배상청구소송의 변론이 2017.1. 5. 종결되었고, 판결선고 기일이 2017. 1. 19.로 지정되었다. A는 선고기일을 고지받자 자신이 출석할 수 없는 날을 선고 기일로 지정하였다면서 담당 법관과 참여관(법원주사), 실무관(법원서기)에 대하여 공정한 재판을 기대할 수 없다고 주장하며 기피신청을 하였다. 다음 설명 중 가장 옳은 것은?(다툼이 있는 경우 판례에 의함. 이하[문1~문24]까지 같음)

- ① 기피신청이 있으면 소송절차를 정지해야 하므로 만일 담당재판부가 소송절차를 정지하지 않고 종국판결을 선고하였다면 이는 위법하다.
- ② 참여관(법원주사)과 실무관(법원서기)에 대해서는 기피 신청을 할 수 없으므로 참여관과 실무관에 대한 A의 기피신청은 부적법하다.
- ③ 기피신청은 서면으로 하여야 하므로 법정에서 구두로 기피신청을 한 것만으로는 적법한 기피신청이라고 할 수 없다.
- ④ 법관에 대한 기피신청은 해당 법관의 소속 법원 합의부에서 결정하여야 하나 해당 법원의 법관이 부족하여 기피신청을 받은 법관을 제외하고는 합의부를 구성하지 못하는 경우 바로 위의 상급법원이 기피신청에 대한 결정을 하여야 한다.

<정답>

④번

<해설>

① (X) : 제48조【소송절차의 정지】 법원은 제척 또는 기피신청이 있는 경우에는 그 재판이 확정될 때까지 소송절차를 정지하여야 한다. 다만, 제척 또는 기피신청이 각하된 경우 또는 종국판결을 선고하거나 긴급을 요하는 행위를 하는 경우에는 그러하지 아니하다. 따라서 종국판결을 선고하는 경우이므로, 적법하다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 100면

② (X) : 제50조【법원사무관등에 대한 제척·기피·회피】 ① 법원사무관등에 대하여는 이 절의 규정을 준용한다. → 법원사무관등에게도 제척·기피·회피 규정적용. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 94면

③ (X) : 제44조【제척과 기피신청의 방식】 ① 합의부의 법관에 대한 제척 또는 기피는 그 합의부에, 수명법관(수명법관)·수탁판사(수탁판사) 또는 단독판사에 대한 제척 또는 기피는 그 법관에게 이유를 밝혀 신청하여야 한다. ② 제척 또는 기피하는 이유와 소명방법은 신청한 날부터 3일 이내에 서면으로 제출하여야 한다. 제161조【신청 또는 진술의 방법】 ① 신청, 그 밖의 진술은 특별한 규정이 없는 한 서면 또는 말로 할 수 있다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 98면

④ (O) : 제46조【제척 또는 기피신청에 대한 재판】 ① 제척 또는 기피신청에 대한 재판은 그 신청을 받은 법관의 소속 법원 “합의부”에서 결정으로 하여야 한다. ② 제척 또는 기피신청을



받은 법관은 제1항의 재판에 관여하지 못한다. 다만, 의견을 진술할 수 있다. ③ 제척 또는 기피신청을 받은 법관의 소속 법원이 합의부를 구성하지 못하는 경우에는 바로 위의 상급법원이 결정하여야 한다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 99면

【문 2】 소의 이익에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 같은 부동산에 관하여 순차로 여러 사람의 명의로 마쳐진 소유권이전등기의 각 말소를 청구하는 소송에서 최종 등기명의인에 대하여 이미 패소판결이 확정되었다면 중간의 등기명의인에게 말소를 구할 소의 이익이 없다.
- ② 이행판결이 확정되었는데 판결 내용이 특정되지 아니하여 집행을 할 수 없는 경우에는 소송물이 동일한 경우라도 다시 소송을 제기할 권리보호의 이익이 있다.
- ③ 근저당권설정등기의 말소청구를 구하면서 그 근저당권설정계약에 기한 피담보채무의 부존재확인청구를 함께 한 경우에 그 채무부존재확인의 청구는 확인의 이익이 없다.
- ④ 사해행위의 취소 및 원상회복을 구하는 소송계속 중 사해행위가 해제 또는 해지되어 그 목적부동산이 이전등기의 말소 또는 소유권이전등기의 형식으로 채무자에게 복귀한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위 채권자취소소송은 권리보호의 이익이 없다.

<정답>

①번

<해설>

- ① (X) : 통상의 소에 있어서 이행판결을 받아도 이행 또는 집행불능이거나 현저하게 곤란한 사유가 있는 경우에는 소의 이익이 문제된다(예, 채무자가 무자력자인 경우의 금전지급청구). 다만 판결절차는 분쟁의 관념적 해결절차로서 사실적인 해결방법인 강제집행절차와는 별도로 독자적인 존재의의를 갖고 있는 것이고, 집행권원의 보유는 피고에 대한 심리적 압박이 되기 때문에 소의 이익을 긍정하여야 할 것이다. 판례도 i) 원고 甲이 乙→丙→丁 순차로 마친 소유권이전등기의 각 말소를 청구하는 소송에서 후순위 등기명의자인 피고 丁에 대하여 이미 패소판결이 확정되었다 해도 선순위 등기명의자인 피고 乙·丙 명의의 등기에 대해 말소를 구할 이익이 있다고 했고(대판 1995.10.12, 94다47483), ii) 甲의 乙에 대한 채권이 丙에 의하여 가압류·가처분 된 경우에 채무자인 甲이 제3채무자인 乙에 대한 이행의 소를 제기할 수 있다고 했다. 즉 이 경우 제3채무자 乙에 대하여 강제집행을 할 수 없을 뿐이고 언젠가는 강제집행을 할 수 있는 집행권원을 얻는 것까지 금할 것은 아니라고 하여 무조건의 이행판결을 구할 수 있다는 것¹⁾이다(대판 2002.4.26. 2001다59033). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 227면
- ② (O) : 원고가 이미 승소확정판결을 받아 놓았기 때문에 즉시 강제집행을 할 수 있을 때에는 동일청구에 대한 신소의 제기는 원칙적으로 소의 이익이 없다. 다만 예외적으로 ① 판결원

1) 원고의 대여금청구에 대해 피고(제3채무자)는 대여금채권이 압류·전부 또는 압류·추심 되었다고 항변할 수 있다. 즉 압류·전부된 경우에는 피고(제3채무자)에게 전부명령 송달 시에 소급하여 당연히 전부채권자에게 집행채권이 이전하고 동시에 집행채권 소멸의 효력이 발생하므로 이는 본안에 관한 항변사유이고, 압류·추심된 경우에는 피고(제3채무자)에 대한 이행의 소는 추심채권자만이 제기 할 수 있고, 원고(채무자)는 피압류채권에 채권에 대한 이행의 소를 제기할 당사자적격을 상실하게 되므로, 이는 소각하의 본안전 항변사유이다. 하지만 대여금채권이 단순히 압류·가압류 되었음을 들어 항변할 수는 없다(대판 2000.4.11. 99다23888).



본의 멸실, ② 시효중단의 필요²⁾, ③ 판결내용의 불특정 등 특별한 사정이 있을 때에는 소의 이익이 인정된다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 226면

③ (O) : 확인의 소는 원고의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 확인판결을 받는 것이 그 분쟁을 근본적으로 해결하는 가장 유효·적절한 수단일 때 허용되는바, 근저당권설정자가 근저당권설정계약에 기한 피담보채무가 존재하지 아니함의 확인을 구함과 함께 그 근저당권설정등기의 말소를 구하는 경우에 근저당권설정자로서는 피담보채무가 존재하지 않음을 이유로 근저당권설정등기의 말소를 구하는 것이 분쟁을 유효·적절하게 해결하는 직접적인 수단이 될 것이므로 별도로 근저당권설정계약에 기한 피담보채무가 존재하지 아니함의 확인을 구하는 것은 확인의 이익이 있다고 할 수 없다(대판 2000. 4. 11. 2000다5640). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 234면, 그러나 기본 되는 포괄적 법률관계로부터 파생하는 청구권을 주장하여 이행의 소가 가능한 경우라도, 당해 기본적 권리관계 자체의 확인을 구하는 것은 즉시확정의 필요가 있는 이상 확인의 이익이 있으므로, 의문이 있는 판례이다.

④ (O) : 채권자가 채무자의 부동산에 관한 사해행위를 이유로 수익자를 상대로 그 사해행위의 취소 및 원상회복을 구하는 소송을 제기하여 그 소송계속 중 위 사해행위가 해제 또는 해지되고 채권자가 그 사해행위의 취소에 의해 복귀를 구하는 재산이 벌써 채무자에게 복귀한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한, 그 채권자취소소송은 이미 그 목적이 실현되어 더 이상 그 소에 의해 확보할 권리보호의 이익이 없어지는 것이고, 이는 그 목적재산인 부동산의 복귀가 그 이전등기의 말소 형식이 아니라 소유권이전등기의 형식을 취하였다고 하여 달라지는 것은 아니다(대판 2008. 3. 27. 2007다85157).

【문 3】 선정당사자에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 선정당사자의 선정행위 시 심급의 제한에 관한 약정 등이 없는 한 선정의 효력은 소송이 종료에 이르기까지 계속된다.
- ② 선정당사자 본인에 대한 부분의 소가 취하되거나 판결이 확정되는 경우 등으로 공동의 이해관계가 소멸하는 경우에는 선정당사자는 선정당사자의 자격을 당연히 상실한다.
- ③ 가처분신청 절차에서 이루어진 선정행위의 효력은 그에 기한 제소명령신청 사건에는 미친다고 할 것이나 가처분결정 취소신청 사건에는 그 선정의 효력이 미치지 아니한다.
- ④ 선정당사자는 선정자들로부터 소송수행을 위한 포괄적인 수권을 받은 것이므로 선정자들의 개별적인 동의 없이 체결한 변호사인 소송대리인과의 보수에 관한 약정은 선정자들에게 그 효력이 미친다.

<정답>

④번

2) 시효중단 등 특별한 사정이 있어 예외적으로 확정된 승소판결과 동일한 소송물에 기한 신소가 허용되는 경우라 하더라도 신소의 판결이 전소의 승소 확정판결의 내용에 저촉되어서는 아니되므로, 후소 법원으로서의 그 확정된 권리를 주장할 수 있는 요건이 구비되어 있는지에 관하여 다시 심리할 수 없다. 따라서 피고가 후소에서 전소의 확정된 권리관계를 다투기 위하여는 먼저 전소의 승소 확정판결에 대하여 적법한 추완항소를 제기함으로써 그 기판력을 소멸시켜야 할 것인데, 이는 전소의 소장 부분과 판결정본 등이 공시송달의 방법에 의하여 송달되어 피고가 그 책임질 수 없는 사유로 전소에 응소할 수 없었던 경우라고 하여 달리 볼 것이 아니다(대판 2013.04.11. 2012다111340).



<해설>

① (O) : 선정당사자의 제도가 당사자 다수의 소송에 있어서 소송절차를 간소화, 단순화하여 소송의 효율적인 진행을 도모하는 것을 목적으로 하고, 선정된 자가 당사자로서 소송의 종료에 이르기까지 소송을 수행하는 것이 그 본래의 취지임에 비추어 보면, 제1심에서 제출된 선정서에 사건명을 기재한 다음에 ‘제1심 소송절차에 관하여’ 또는 ‘제1심 소송절차를 수행하게 한다’라는 문언이 기재되어 있는 경우라 하더라도, 특단의 사정이 없는 한, 그 기재는 사건명 등과 더불어 선정당사자를 선정하는 사건을 특정하기 위한 것으로 보아야 하고, 따라서 그 선정의 효력은 제1심의 소송에 한정하는 것이 아니라 소송의 종료에 이르기까지 계속하는 것으로 해석함이 상당하다(대결 1995.10.5, 94마2452). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 55면

② (O) : 민사소송법 제53조 소정의 선정당사자는 공동의 이해관계를 가진 여러 사람 중에서 선정되어야 하는 것이므로, 선정당사자 본인에 대한 부분의 소가 취하되거나 판결이 확정되는 등으로 공동의 이해관계가 소멸하는 경우에는 선정당사자는 선정당사자의 자격을 당연히 상실한다고 보아야 한다(대판 2006.9.28, 2006다28775). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 57면

③ (O) : 가처분신청 절차에서 이루어진 선정행위의 효력은 그에 기한 제소명령신청 사건에는 미친다고 할 것이나 가처분결정취소신청 사건에서는 그 선정의 효력이 미치지 아니한다(대판 2001. 4. 10. 99다49170).

④ (X) : 선정당사자는 선정자들로부터 소송수행을 위한 포괄적인 수권을 받은 것으로서 일체의 소송행위는 물론 소송수행에 필요한 사법상(사법상)의 행위도 할 수 있는 것이고 개개의 소송행위를 함에 있어서 선정자의 개별적인 동의가 필요한 것은 아니라 할 것이므로(대법원 2003. 5. 30. 선고 2001다10748 판결 참조), 자신과 선정자들을 위한 공격이나 방어를 위하여 필요한 범위에서 특정한 법률관계에 실체법적 효과를 발생시키는 행위나 변제의 수령 등을 할 수 있다고 할 것이지만, 변호사인 소송대리인과 사이에 체결하는 보수약정은 소송위임에 필수적으로 수반되어야 하는 것은 아니므로 선정당사자가 그 자격에 기한 독자적인 권한으로 행할 수 있는 소송수행에 필요한 사법상의 행위라고 할 수 없다. 따라서 선정당사자가 선정자로부터 별도의 수권 없이 변호사 보수에 관한 약정을 하였다면 선정자들이 이를 추인하는 등의 특별한 사정이 없는 한 선정자에 대하여 효력이 없다고 할 것이며, 뿐더러 그와 같은 보수약정을 하면서 향후 변호사 보수와 관련하여 다투지 않기로 부제소합의를 하거나 약정된 보수액이 과도함을 이유로 선정자들이 제기한 별도의 소송에서 소취하합의를 하더라도 이와 관련하여 선정자들로부터 별도로 위임받은 바가 없다면 선정자에 대하여 역시 그 효력을 주장할 수 없다(대판 2010. 5. 13. 2009다105246).

【문 4】 청구의 병합에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은?

① 채권자가 본래적 급부청구에다가 이에 부가하여 집행불능을 대비한 전보배상청구를 병합하여 소구한 경우 양자는 주위적·예비적 병합 관계에 있다.

② 원고가 논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 주위적·예비적 청구 형태로 소를 제기한 경우 제1심법원이 그 모든 청구의 본안에 대하여 심리한 다음 그 중 하나의 청구만을 인용하고 나머지 청구를 기각하는 내용의 판결을 선고하였고 피고만이 인용된 청구에 대하여 항소를 제기한 때에는 피고가 불복한 청구에 한정하여 항



소심으로 이심되어 항소심 심판범위의 대상이 된다.

③ 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구에 관하여 당사자가 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구하였고, 그에 대하여 제1심법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하여 피고만이 항소를 제기한 경우에도 항소심으로서의 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다.

④ 제1심법원이 원고의 선택적 청구 중 하나만을 판단하여 기각하고 나머지 청구에 대하여는 아무런 판단을 하지 아니하였고, 원고가 제1심판결에 대하여 항소를 제기한 경우 선택적 청구 중 판단되지 않은 청구 부분은 재판의 탈루로서 제1심법원에 그대로 계속되고 있다고 보아야 한다.

<정답>

③번

<해설>

① (X) : 채권자가 본래적 급부청구예다가 이에 대신할 전보배상을 부가하여 대장청구를 병합하여 소구한 경우의 대상청구는 본래적 급부청구의 현존함을 전제로 하여 이것이 판결확정 후에 이행불능 또는 집행불능이 된 경우에 대비하여 전보배상을 미리 청구하는 경우로서 양자의 경합은 현재의 급부청구와 장래의 급부청구와의 단순병합에 속한다 할 것이고 이 경우의 대상 금액의 산정시기는 사실심 변론의 종결당시의 본래적 급부의 가격을 기준으로 산정하여야 한다(대판 1975. 7. 22. 75다450). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 8면

② (X) : 논리적으로 전혀 관계가 없어 순수하게 단순병합으로 구하여야 할 수개의 청구를 선택적 또는 예비적 청구로 병합하여 청구하는 것은 부적법하여 허용되지 않는다. 따라서 원고가 그와 같은 형태로 소를 제기한 경우 제1심법원이 본안에 관하여 심리·판단하기 위해서는 소송지휘권을 적절히 행사하여 이를 단순병합 청구로 보정하게 하는 등의 조치를 취하여야 하는바, 법원이 이러한 조치를 취함이 없이 본안판결을 하면서 그 중 하나의 청구에 대하여만 심리·판단하여 이를 인용하고 나머지 청구에 대한 심리·판단을 모두 생략하는 내용의 판결을 하였다 하더라도 그로 인하여 청구의 병합 형태가 선택적 또는 예비적 병합 관계로 바뀔 수는 없으므로, 이러한 판결에 대하여 피고만이 항소한 경우 제1심법원이 심리·판단하여 인용한 청구만이 항소심으로 이심될 뿐, 나머지 심리·판단하지 않은 청구는 여전히 제1심에 남아 있게 된다(대판 2008. 12. 11. 2005다51495). 따라서 사안의 경우는 단순병합으로 보아야 하므로, 그 중 하나의 청구만을 인용하고 나머지 청구를 기각하는 내용의 판결을 선고하였고 피고만이 인용된 청구에 대하여 항소를 제기한 때에도 항소불가분의 원칙에 의해 불복한 부분만이 아니라 모든 청구가 항소심에 이심 된다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 10면

③ (O) : 병합의 형태가 선택적 병합인지 예비적 병합인지는 당사자의 의사가 아닌 병합청구의 성질을 기준으로 판단하여야 하고, 항소심에서의 심판 범위도 그러한 병합청구의 성질을 기준으로 결정하여야 한다. 따라서 실질적으로 선택적 병합 관계에 있는 두 청구에 관하여 당사자가 주위적·예비적으로 순위를 붙여 청구하였고, 그에 대하여 제1심법원이 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구만을 인용하는 판결을 선고하여 피고만이 항소를 제기한 경우에도, 항소심으로서의 두 청구 모두를 심판의 대상으로 삼아 판단하여야 한다(대판 2014.05.29. 2013다96868).



- 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 10면, 각주 8)

④ (X) : 선택적 병합의 경우 판단누락을 전제로 원고가 이와 같은 판결에 대해 항소하면 청구 전부가 확정이 차단되고 항소심으로 이심되고 재판누락은 아니다(대판 1998.7.24., 96다99). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 12면

【문 5】 소송상 화해에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 화해조항 자체에 그 화해의 효력을 상실시킬 수 있는 조건이 있는 때에는 그 조건성취로 화해는 당연히 실효된다.
- ② 화해조서에 확정판결의 당연무효 사유와 같은 사유가 없으면 설령 그 내용이 강행법규에 위반된다 할지라도 화해가 준재심에 의하여 취소되지 않는 한 그 화해조서를 무효라고 주장할 수 없다.
- ③ 재심사건에서 그 재심의 대상으로 삼고 있는 확정판결을 취소한다는 내용의 화해조항도 당연무효인 것은 아니다.
- ④ 화해조서에 잘못된 계산이나 기재, 그 밖에 이와 비슷한 잘못이 있음이 분명한 때에 법원은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 경정결정을 할 수 있다.

<정답>

③번

<해설>

- ① (O) : 판례는 화해의 성질에 기본적으로 소송행위설을 따르면서도 실효조건부 화해의 효력을 긍정하고 있다. 즉 재판상 화해가 실효조건의 성취로 실효된 경우에는 화해가 없었던 상태로 돌아가며(대판 1993.6.29. 92다56056), 준재심의 소에 의하여 화해가 취소된 경우와 같이 취급한다는 것이다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 485면
- ② (O) : 화해의 내용이 강행법규에 반하거나 사회질서에 위반한 경우의 효력에 대해서, 판례는 소송행위설을 관철하여 화해의 내용이 강행법규에 반하거나 또는 화해에 이른 동기나 경위에 반윤리적·반사회적 요소가 내재되어 있다 하여도 화해가 무효가 아닌 것으로 본다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 484면
- ③ (X) : 조정이나 재판상 화해의 대상인 권리관계는 사적 이익에 관한 것으로서, 당사자가 자유롭게 처분할 수 있는 것이어야 하므로, 성질상 당사자가 임의로 처분할 수 없는 사항을 대상으로 한 조정이나 재판상 화해는 허용될 수 없고, 설령 그에 관하여 조정이나 재판상 화해가 성립하였더라도 효력이 없어 당연무효이다. 갑이 을 주식회사에 마쳐 준 근저당권설정등기의 말소를 구하는 소송을 제기하여 승소판결을 받고 이에 대한 을 회사의 항소 및 상고(이하 '재심대상판결'이라 한다)가 모두 기각되어 제1심판결이 그대로 확정되었고, 이에 갑이 병 신용협동조합에 근저당권 및 지상권 설정등기를 마쳐 주고 이어 을 회사 명의의 근저당권설정등기 말소등기를 마쳤는데, 을 회사가 갑을 상대로 위 판결에 대한 재심의 소를 제기하여 "1. 재심대상판결 및 제1심판결을 각 취소한다. 2. 갑은 이 사건 청구를 포기한다. 3. 갑은 을 회사에 근저당설정등기의 회복등기절차를 이행한다."는 취지의 조정이 성립하였고, 이에 을 회사가 병 조합을 상대로 말소등기의 회복에 관하여 승낙을 구하는 소를 제기한 사안에서, '재



심대상판결 및 제1심판결을 각 취소한다'는 조정조항은 법원의 형성재판 대상으로서 갑과 을 회사가 자유롭게 처분할 수 있는 권리에 관한 것이 아니어서 당연히무효이고, 확정된 재심대상판결과 제1심판결이 당연히무효인 위 조정조항에 의하여 취소되었다고 할 수 없으며, 나머지 조정조항들에 의하여 판결들의 효력이 당연히 상실되는 것도 아니므로, 위 판결들에 기한 근저당권설정등기의 말소등기는 원인무효인 등기가 아니고 따라서 병 조합은 근저당권설정등기의 말소회복에 승낙을 하여야 할 실체법상 의무를 부담하지 않음에도, 이와 달리 본 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다(대판 2012. 9. 13. 2010다97846). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 484면

④ (O) : 화해조서에 명확한 오류가 있을 경우 판결에 준하여 경정(제211조)이 허용된다는 것이 판례(대판 1960.8.12. 4293민재항200)이다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 487면

【문 6】 소송절차의 중단 또는 중지에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 소송절차 수계신청이 있는 경우 법원은 신청 상대방에게 이를 통지하여야 한다.
- ② 소송절차가 중단되었다가 다시 소송절차를 진행할 수 있게 되면 그 때부터 전체기간이 새로이 진행되나, 소송절차가 중지되었던 경우에는 다시 소송절차를 진행할 수 있게 된 때부터 남은 기간만 새로이 진행된다.
- ③ 소송계속 중 법인 아닌 사단 대표자의 대표권이 소멸한 경우 이는 소송절차 중단사유에 해당하지만 소송대리인이 선임되어 있으면 소송절차가 곧바로 중단되지 아니하므로 이러한 경우 대표자의 변경이 있음을 이유로 제출한 소송절차 수계신청은 당사자표시정정신청으로 보면 된다.
- ④ 소송수계신청이 이유 없다고 인정한 때에는 결정으로 신청을 기각하여야 하나, 소송수계신청이 이유 있다고 인정한 때에는 별도의 재판을 할 필요 없이 그대로 소송절차를 진행하면 된다.

<정답>

②번

<해설>

- ① (O) : 제242조【수계신청의 통지】 소송절차의 수계신청이 있는 때에는 법원은 상대방에게 이를 통지하여야 한다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 393면
- ② (X) : 제247조【소송절차 정지의 효과】 ② 소송절차의 중단 또는 중지는 기간의 진행을 정지시키며, 소송절차의 수계사실을 통지한 때 또는 소송절차를 다시 진행한 때부터 전체기간이 새로이 진행된다. 즉 소송절차의 중단 또는 중지 모두 소송절차의 정지이므로, 전체기간이 새롭게 진행된다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 485면
- ③ (O) : 법원은 “일건 기록에 의하면 재항고인은 1심에서 재항고인의 명칭, 대표이사, 주소의 변경있음을 이유로 이를 증명하는 주식회사 등기부 등본과 새로운 대표이사에 의한 소송대리 위임장을 첨부하여 새로 수임한 소송대리인(구 대표이사에 의하여 선임된 소송대리인과 동일인) 명의로 소위 소송절차 수계신청을 제출하였으나 실은 대표이사의 변경이 있다 하여도 소송대리인이 있으므로 1심판결의 송달 있을 때 까지는 소송절차가 중단 된다 볼 수 없으므로 이 신청은 당사자 표시 정정 신청으로 보아 1심판결에서는 이 변경 된 바에 따라 당사자를 표시하여야 할 것임에도 불구하고 이를 변경전대로 표시(이는 판결경정 사유가 된다 할 것이



다) 하였으므로 그 판결에 대한 항소를 함에 있어 법정의 인지를 채용함이 없이 변경전의 회사명의와 구대표이사 명의를 표시 하였으나 이 표시는 오기에 불과한 것이라 할 것이며 원심은 위 항소장에 대하여 인지보정 명령을 발함에 있어 변경전의 구 당사자 명의를 표시하여 구 주소로 송달을 하고 송달불능이 되자 공시송달을 한 후 법정기간 내에 보정이 없자 항소장 각하 명령을 함에 있어 구 당사자 명의를 표시하고 또한 그 명령을 1968.8.13 공시송달로 송달을 하였는 바 위와 같이 구 당사자 명의로 한 인지보정 명령이나 항소장각하 명령의 각 당사자 표시 또한 오기에 불과한 것이라 하여도 그의 송달은 변경 후의 새로운 대표 이사에게 하여야만 송달의 효력이 발생한다 할 것으로서 위 보정명령이나 각하명령을 송달함에 있어 변경 후의 새로운 대표이사에게 대하여 하지 아니하고 구 대표 이사에게 공시송달을 한 것은 새로운 대표이사에게 대한 송달이 있는 것이라 볼 수 없는 바이므로 보정명령의 적법한 송달 없이 한 각하명령은 위법임을 면치 못할 것이나 그 각하명령은 아직 적법한 송달이었다 할 것이어서 고지 있기 전의 항고에 불과한 본건 재항고는 부적법한 것임을 면치 못하여 각하되어야 할 것이다(대결 1969. 3. 10. 자 68마1100).”를 출제한 것으로 보인다. 그러나 “위 이양수는 원심에서 위 직무집행이 정지되기 이전인 1975.5.8 변호사 백낙민을 원고 법인의 이 사건 소송대리인으로 선임하여, 그 소송절차가 진행되었음을 알 수 있으므로, 원심의 이 사건 소송절차는 앞서본 바와 같이 위 이양수의 직무집행정지 당시 원고 법인의 대표자가 존재하지 아니하게 된 것에 불구하고, 중단되지 아니한 채 계속 적법하게 진행되다가, 원심판결이 1980.2.8 위 소송대리인에게 송달됨으로 써 중단되었다고 할 것이며(이 법원 1970.5.26. 선고 70다441 판결 참조), 이 상고는 위와 같이 이 사건 소송절차가 중단된 상태에서 제기되었음이 기록상 분명하다. 그런데 소송절차가 중단 중에 있을 때 제기된 상소는 원칙적으로 부적법한 것이라고 하겠지만, 이러한 경우에도 상소심 법원에 수계신청을 하여, 그 하자를 치유시킬 수 있다고 할 것 인 바(이 법원 1963.12.12. 선고 63다703, 1955.7.7. 선고 4288민상53 각 판결 각 참조), 기록에 의하면, 이 상고가 제기된 이후인 1980.7.1 서울민사지방법원의 결정에 의하여, 변호사 권태홍이 원고 법인의 대표자인 이사장 직무대행자로 선임되고 그에 의하여 같은 달 9. 이 법원에서 중단된 이 사건 소송절차의 수계가 이루어졌으므로(당사자표시변경으로 표시하여 신청되었으나 소송수계신청의 취지로 보아야 할 것이다). 이 상고 소송절차는 과거에 소급하여 유효로 되었다고 할 것이다(기록에 의하면 이에 앞서 위 이병준이 원고 법인의 이사장으로 선임, 등기까지 된 바 있었으나, 그에 대한 문교부장관의 취임승인이 없었고, 또 그의 직무집행도 법원에 의하여 정지되었다)(대판 1980. 10. 14. 80다623).”고 하는 판례도 있다.

判例의 취지는 중단되지 않았다면 당사자표시정정신청을 해야지 수계신청을 하는 것은 부적법하고, 중단되었다면 수계신청을 하여야 하고 당사자표시정정신청을 하는 것은 부적법하다는 취지이다.

그러나 중단 되지 않아도 수계는 가능하므로(대판 1972.10.31. 72다1271³⁾ 참조), 지문은 의문이 있는 판례이다. 대표자의 변경이 있으면 당연히 수계신청을 하는 것이 정확한 신청이므로, 소송절차 수계신청을 한 것은 정당하기 때문에 당사자표시정정으로 볼 필요가 없기 때문이다.

3) 민사소송법 제238조에 동법 제233조 제1항의 규정은 소송대리인이 있는 때에는 적용하지 아니한다고 규정하고 있음은 소송대리인이 있는 경우에는 당사자가 사망하였다 할지라도 소송대리권은 소멸되지 않고 따라서 소송절차는 이를 중단할 필요가 없게 되어 그대로 속행되므로 상속인이 소송절차를 수계함을 필요로 하지 아니한다고 한 것 일뿐 위와 같이 소송절차가 중단되지 않는 경우에는 상속인은 소송절차를 수계하지도 못한다는 뜻으로는 풀이 될 수 없다(대판 1972. 10. 31. 72다1271).



아마도 출제취지는 소송행위의 전환을 물어보려고 한 것이나, 문제가 있다.

④ (O) : 판례는 “소송수계신청의 적법여부는 법원의 직권조사사항으로서 조사결과 수계가 이유 없다고 인정한 경우에는 이를 기각하여야 하나 이유 있을 때에는 별도의 재판을 할 필요 없이 그대로 소송절차를 진행할 수 있는 것이다(대판 1984.06.12. 83다카1409).”고 한다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 393면

【문 7】 소송구조제도에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 소송구조결정의 상대방은 소송비용의 담보를 면제하는 소송구조결정에 대해서만 즉시항고를 할 수 있다.
- ② 비송사건은 소송구조의 대상이 되지 아니하므로 비송사건을 대상으로 하는 소송구조 신청은 부적법하다.
- ③ 소송구조를 받은 사람이 소송비용을 납입할 자금능력이 있다는 것이 판명된 경우 법원은 직권으로 소송구조를 취소할 수 있으며, 소송구조결정의 상대방 또한 법원에 소송구조의 취소를 신청할 수 있다.
- ④ 종전의 인지보정명령에 따른 보정기간 중에 제기된 소송구조신청에 대하여 기각결정이 확정되면 재판장으로서 다시 인지보정명령을 할 필요는 없지만 종전의 인지보정명령에 따른 보정기간이 경과한 때에 비로소 소장 등에 대한 각하명령을 할 수 있으므로 “명령 송달일로부터 7일 이내에 인지 등을 보정하라.”는 보정명령이 2017. 1. 5. 원고에게 송달되었고, 원고가 2017. 1. 10. 소송구조신청을 하여 소송구조기각결정이 2017. 2. 15. 확정되었다면 2017. 2. 20. 무렵에는 적법하게 소장각하명령을 할 수 있다.

<정답>

④번

<해설>

① (O) : 제133조【불복신청】 이 절에 규정한 재판에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다. 다만, 상대방은 제129조 제1항 제3호의 소송구조결정을 제외하고는 불복할 수 없다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 259면

② (O) : 비송사건절차법에서 민사소송법의 개별 규정을 준용하고 있으나 소송구조에 관한 규정은 준용하지 않고 있으므로(비송사건절차법 제8조, 제10조 참조), 비송사건절차법이 적용 또는 준용되는 비송사건은 소송구조의 대상이 되지 아니하고, 이러한 비송사건을 대상으로 하는 소송구조 신청은 부적법하다(대결 2009.9.10. 자 2009스89). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 257면

③ (O) : 제131조【구조의 취소】 소송구조를 받은 사람이 소송비용을 납입할 자금능력이 있다는 것이 판명되거나, 자금능력이 있게 된 때에는 소송기록을 보관하고 있는 법원은 직권으로 또는 이해관계인의 신청에 따라 언제든지 구조를 취소하고, 납입을 미루어 둔 소송비용을 지급하도록 명할 수 있다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 259면

④ (X) : 항소인인 재항고인이 항소장을 제출하면서 소정의 인지를 첨부하지 아니하고 소송상 구조신청을 한 경우, 이 소송상 구조신청사건의 결정이 확정되기 전에 항소장의 인지가 첨부



되어 있지 아니함을 이유로 항소장을 각하하여서는 안 된다고 할 것이나, 일단 소송상 구조신청을 기각하는 결정이 확정된 후 인지 등 보정을 명하고 이를 보정하지 아니하였음을 이유로 항소장을 각하하는 것은 정당하고 처음의 소송상 구조신청의 기각결정이 확정된 후 재차 소송상 구조신청이 있었다고 하더라도 이 구조신청이 이유 있어 받아들여졌다면 모르되, 그렇지 아니하는 한 다음의 구조신청에 대한 기각결정의 확정 여부와는 상관없이 항소장을 각하할 수 있다(대결 1993.01.25. 92마1134). 따라서 적어도 소송구조신청을 기각하는 결정이 확정된 후 인지 등 보정을 명하여야 하므로, 사안에서 “명령 송달일로부터 7일 이내에 인지 등을 보정하라.”는 보정명령이 2017. 1. 5. 원고에게 송달되었으므로, 2017.1.12.까지 인지 등을 보정하면 되는데, 원고가 2017. 1. 10. 소송구조신청을 하여 소송구조기각결정이 2017. 2. 15. 확정되었다면 소송구조를 신청한 2017.1.10. 후인 2017.1.12.에 인지보정을 명한 경우에 해당하여, 소송구조신청이 확정(2017.2.15.)되기 전에 인지보정을 명한 경우에 해당하므로, 이를 이유로 소장각하명령을 한 것은 부적법하다⁴⁾. - 2017 김춘환 FOR 春 민소법 기출문제집, 200면, 118번 문제 유사 <16 사무관>

【문 8】 공유관계의 소송에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 공유물분할청구의 소는 분할을 청구하는 공유자가 원고가 되어 다른 공유자 전부를 공동피고로 하여야 하는 필수적 공동소송으로서 공유자 전원에 대하여 판결이 합일적으로 확정되어야 하므로 공동소송인 중 1인에 소송요건의 흠이 있으면 전 소송이 부적법하게 된다.
- ② 공동상속인이 다른 공동상속인을 상대로 어떤 재산이 상속재산임의 확인을 구하는 소는 고유필수적 공동소송이므로 원고들 일부의 소취하 또는 피고들 일부에 대한 소취하는 특별한 사정이 없는 한 그 효력이 생기지 않는다.
- ③ 부동산 공유자의 1인은 당해 부동산에 관하여 제3자 명의로 원인무효의 소유권이전등기가 경료 되어 있는 경우 공유물에 관한 보존행위로서 제3자에 대하여 그 등기 전부의 말소를 구할 수 있다.
- ④ 공유자의 1인은 단독 명의로 등기를 경료하고 있는 공유자에 대하여 공유물의 보존행위로서 공유지분 전부에 관하여 소유권이전등기 말소등기절차의 이행을 구할 수 있다.

<정답>

- 4) 유사 判例 : 원고가 소장을 제출하면서 소정의 인지를 첨부하지 아니하고 소송상 구조신청을 한 경우, 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문 개정되기 전의 것) 제123조(현 제133조)에서 소송상 구조신청에 대한 기각결정에 대하여도 즉시항고를 할 수 있도록 규정하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 소송상 구조신청에 대한 기각결정이 확정되기 전에 소장의 인지가 첨부되어 있지 아니함을 이유로 소장을 각하하여서는 안 된다고 할 것이다(대법원 1993. 1. 25.자 92마1134 결정 참조). 그런데 원심이 인정한 사실관계에 의하여도, 재항고인이 2002. 4. 23. 제1심법원에 손해배상(기) 청구의 소를 제기하면서 인지를 첨부하지 않고, 인지대에 대하여 소송상 구조신청을 하였음에도 불구하고, 제1심법원 재판장이 소송상 구조신청에 대한 결정을 하기도 전인 2002. 6. 4. 재항고인에게 인지보정명령을 내리고는(그 다음날인 같은 달 5.에 가서야 소송상 구조신청을 기각하는 결정을 하였다.), 재항고인이 소송상 구조신청 기각결정에 대하여 즉시항고를 하고, 인지보정명령에 응하지 아니하자, 소송상 구조신청 기각결정이 확정되기 전인 2002. 6. 20.에 인지 미보정을 이유로 이 사건 소장을 각하하였다는 것인바, 그렇다면 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 제1심법원 재판장이 내린 인지보정명령이나 그에 따른 인지보정 불이행을 이유로 이 사건 소장을 각하한 이 사건 명령은 모두 위법하다 할 것이다(대결 2002. 9. 27. 자 2002마3411).



④번

<해설>

① (O) : 소송의 목적이 여러 당사자에 대하여 합일적으로 확정되어야 하는 고유필수적 공동소송의 경우에는 그들 모두가 공동으로 하여야만 당사자적격이 있으므로, 그 전원이 공동으로 소제기하거나 소제기 당하지 않으면 당사자적격을 흠결한 것으로서 부적법 각하된다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 44면

② (O) : 공동상속인이 다른 공동상속인을 상대로 어떤 재산이 상속재산임의 확인을 구하는 소는 이른바 고유필수적 공동소송이라고 할 것이고, 고유필수적 공동소송에서는 원고들 일부의 소 취하 또는 피고들 일부에 대한 소 취하는 특별한 사정이 없는 한 그 효력이 생기지 않는다(대판 2007.8.24. 2006다40980). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 45면

③ (O), ④ (X) : 부동산의 공유자의 1인은 당해 부동산에 관하여 제3자 명의로 원인무효의 소유권이전등기가 경료 되어 있는 경우 공유물에 관한 보존행위로서 제3자에 대하여 그 등기 전부의 말소를 구할 수 있다고 할 것이나, 그 제3자가 당해 부동산의 공유자 중의 1인인 경우에는 그 소유권이전등기는 동인의 공유지분에 관하여는 실체관계에 부합하는 등기라고 할 것이므로, 이러한 경우 공유자의 1인은 단독 명의로 등기를 경료하고 있는 공유자에 대하여 그 공유자의 공유지분을 제외한 나머지 공유지분 전부에 관하여만 소유권이전등기 말소등기절차의 이행을 구할 수 있다(대판 2015. 4. 9. 2012다2408). - 2017 김춘환 FOR 春 민소법 기출문제집, 605면, 26번 그대로 출제!!

【문 9】 청구의 변경에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 상고심에서는 청구의 변경이 허용되지 않는다.
- ② 당사자가 구청구를 취하한다는 명백한 의사표시 없이 새로운 청구로 변경하는 등으로 그 변경형태가 불분명한 경우에는 사실심법원으로서도 과연 청구변경의 취지가 교환적인가 추가적인가 또는 선택적인가의 점을 석명할 의무가 있다.
- ③ 채권자가 사해행위의 취소를 청구하면서 그 보전하고자 하는 채권을 추가하거나 교환하는 것은 청구의 변경에 해당한다.
- ④ 본안에 대한 종국판결이 있는 후 구청구를 신청구로 교환적 변경을 한 다음 다시 본래의 구청구로 교환적 변경을 하는 것은 종국판결이 있는 후 소를 취하하였다가 동일한 소를 다시 제기한 경우에 해당하여 부적법하다.

<정답>

③번

<해설>

① (O) : 제262조【청구의 변경】 ① 원고는 청구의 기초가 바뀌지 아니하는 한도 안에서 변론을 종결할 때(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고할 때)까지 청구의 취지 또는 원인을 바꿀 수 있다. 다만, 소송절차를 현저히 지연시키는 경우에는 그러하지 아니하다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 21면



② (O) : 소의 변경이 교환적인가 추가적인가 또는 선택적인가의 여부는 기본적으로 당사자의 의사해석에 의할 것이므로 당사자가 구 청구를 취하한다는 명백한 표시 없이 새로운 청구로 변경하는 등으로 그 변경형태가 불분명한 경우에는 사실심법원으로서도 과연 청구변경의 취지가 교환적인가 추가적인가 또는 선택적인가의 점을 석명할 의무가 있다(대판 2013.10.24. 2010다90661,90678). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 20면

③ (X) : 채권자가 사해행위취소 및 원상회복청구를 하면서 보전하고자 하는 채권을 추가하거나 교환하는 것은 사해행위취소권과 원상회복청구권을 이유 있게 하는 공격방법에 관한 주장을 변경하는 것일 뿐이지 소송물 또는 청구 자체를 변경하는 것이 아니므로, 채권자가 보전하고자 하는 채권을 달리하여 동일한 법률행위의 취소 및 원상회복을 구하는 채권자취소의 소를 이중으로 제기하는 경우 전소와 후소는 소송물이 동일하다고 보아야 하고, 이는 전소나 후소 중 어느 하나가 승계참가신청에 의하여 이루어진 경우에도 마찬가지이다(대판 2012.7.5. 2010다80503). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 266면

④ (O) : 제267조【소취하의 효과】② 본안에 대한 종국판결이 있는 뒤에 소를 취하한 사람은 같은 소를 제기하지 못한다. 소의 교환적 변경은 신 청구의 추가적 병합과 구 청구의 취하의 결합형태로 볼 것이므로 본안에 대한 종국판결이 있는 후 구 청구를 신 청구로 교환적 변경을 한 다음 다시 본래의 구 청구로 교환적 변경을 한 경우에는 종국판결이 있는 후 소를 취하하였다가 동일한 소를 다시 제기한 경우에 해당하여 부적법하다(대판 1969.5.27. 68다1798 등). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 477면

【문10】 비법인 사단에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 적법한 대표자 자격이 없는 비법인 사단의 대표자가 한 소송행위는 후에 대표자 자격을 적법하게 취득한 대표자가 소송행위를 추인하면 행위 시에 소급하여 효력을 가지게 되나 이러한 추인은 상고심에서는 할 수 없다.
- ② 소송계속 중 비법인 사단 대표자의 대표권이 소멸한 경우 이는 소송절차 중단사유에 해당하지만 소송대리인이 선임되어 있으면 소송절차가 곧바로 중단되지 아니하고, 심급대리의 원칙상 그 심급의 판결정본이 소송대리인에게 송달됨으로써 소송절차가 중단된다.
- ③ 비법인 사단이 총유재산에 관한 소송을 제기할 때에는 정관에 다른 정함이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 사원총회 결의를 거쳐야 하므로 비법인 사단이 이러한 사원총회 결의 없이 그 명의로 제기한 소송은 소송요건이 흠결된 것으로서 부적법하다.
- ④ 소송절차 내에서 비법인 사단이 당사자로서 청구의 포기·인낙 또는 화해를 하여 이를 변론조서나 변론준비기일조서에 적은 경우에 그 비법인 사단의 대표자가 그러한 청구의 포기·인낙 또는 화해를 하는 데에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 때에는 비법인 사단은 위 변론조서나 변론준비기일조서에 대하여 준재심의 소를 제기할 수 있다.

<정답>

①번

<해설>

① (X) : 추인은 언제든지 가능하므로, 상고심에서도 가능하다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민



사소송법, 266면

② (O) : 당사자가 사망하였으나 소송대리인이 있는 경우에는 소송절차가 중단되지 아니하고 (민사소송법 제238조, 제233조 제1항), 소송대리인은 상속인들 전원을 위하여 소송을 수행하게 되며, 판결은 상속인들 전원에 대하여 효력이 있다. 이 경우 심급대리의 원칙상 판결정본이 소송대리인에게 송달되면 소송절차가 중단되므로 항소는 소송수계절차를 밟은 다음에 제기하는 것이 원칙이다. 다만 제1심 소송대리인이 상소제기에 관한 특별수권이 있어 상소를 제기하였다면 상소제기 시부터 소송절차가 중단되므로 항소심에서 소송수계절차를 거치면 된다(대판 2016. 4. 29. 2014다210449). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 390면

③ (O) : 비법인사단이 당사자인 사건에서 대표자에게 적법한 대표권이 있는지는 소송요건에 관한 것으로서 법원의 직권조사사항이므로 비법인사단 대표자의 대표권 유무가 의심스러운 경우에 법원은 이를 직권으로 조사하여야 하고, 비법인사단이 총유재산에 관한 소송을 제기할 때에는 정관에 다른 정함이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 사원총회 결의를 거쳐야 하므로 비법인사단이 이러한 사원총회 결의 없이 그 명의로 제기한 소송은 소송요건이 흠결된 것으로서 부적법하다(대판 2013. 4. 25. 2012다118594). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 42면

④ (O) : 제461조【준재심】 제220조의 조서 또는 즉시항고로 불복할 수 있는 결정이나 명령이 확정된 경우에 제451조제1항에 규정된 사유가 있는 때에는 확정판결에 대한 제451조 내지 제460조의 규정에 준하여 재심을 제기할 수 있다. 제451조【재심사유】 ① 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 확정된 종국판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다. 다만, 당사자가 상소에 의하여 그 사유를 주장하였거나, 이를 알고도 주장하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다(재심의 소의 보충성). 3. 법정대리권·소송대리권 또는 대리인이 소송행위를 하는 데에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 때. 다만, 제60조 또는 제97조의 규정에 따라 추인한 때에는 그러하지 아니하다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 158면

【문11】 소제기의 효과에 관한 다음 설명 중 가장 옳은 것은?

- ① 甲이 乙에게 금전을 대여함과 동시에 대여금 채권의 지급을 확보하기 위한 방법으로 약속어음을 교부받은 경우 甲이 乙을 상대로 약속어음금의 지급을 구하는 소를 제기한 때에 위 대여금 채권의 소멸시효도 중단된다.
- ② 원고가 채권자대위권에 기해 청구를 하다가 당해 피대위채권 자체를 양수하여 양수금청구로 소를 변경한 경우 채권자대위권에 기한 구청구는 취하된 것으로 보아야 하므로 당초의 채권자대위소송으로 인한 시효중단의 효력은 소멸한다.
- ③ 별도로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장은 허용되지 않는다.
- ④ 채권자대위소송의 계속 중에 다른 채권자가 같은 채권에 관하여 다시 채권자대위의 소를 제기한 경우 각 채권자는 자기의 실체법상의 권리인 채권자대위권을 행사하는 것이므로 중복제소에 해당하지 않는다.

<정답>

①번



<해설>

① (O) : [1] 원인채권의 지급을 확보하기 위한 방법으로 어음이 수수된 경우에 원인채권과 어음채권은 별개로서 채권자는 그 선택에 따라 권리를 행사할 수 있고, 원인채권에 기하여 청구를 한 것만으로는 어음채권 그 자체를 행사한 것으로 볼 수 없어 어음채권의 소멸시효를 중단시키지 못한다. [2] 원인채권의 지급을 확보하기 위한 방법으로 어음이 수수된 경우, 이러한 어음은 경제적으로 동일한 급부를 위하여 원인채권의 지급수단으로 수수된 것으로서 그 어음채권의 행사는 원인채권을 실현하기 위한 것일 뿐만 아니라, 원인채권의 소멸시효는 어음금 청구소송에 있어서 채무자의 인적항변 사유에 해당하는 관계로 채권자가 어음채권의 소멸시효를 중단하여 두어도 채무자의 인적항변에 따라 그 권리를 실현할 수 없게 되는 불합리한 결과가 발생하게 되므로, 채권자가 원인채권에 기하여 청구를 한 것이 아니라 어음채권에 기하여 청구를 하는 반대의 경우에는 원인채권의 소멸시효를 중단시키는 효력이 있다고 봄이 상당하고, 이러한 법리는 채권자가 어음채권을 피보전권리로 하여 채무자의 재산을 가압류함으로써 그 권리를 행사한 경우에도 마찬가지로 적용된다(대판 1999. 6. 11. 99다16378).

② (X) : 원고가 채권자대위권에 기해 청구를 하다가 당해 피대위채권 자체를 양수하여 양수금청구로 소를 변경한 사안에서 “이는 청구원인의 교환적 변경으로서 채권자대위권에 기한 구 청구는 취하된 것으로 보아야 하나, 그 채권자대위소송의 소송물은 채무자의 제3채무자에 대한 계약금반환청구권인데 위 양수금 청구는 원고가 위 계약금반환청구권 자체를 양수하였다는 것이어서 양 청구는 동일한 소송물에 관한 권리의무의 특정승계가 있을 뿐 그 소송물은 동일한 점, 시효중단의 효력은 특정승계인에게도 미치는 점, 계속 중인 소송에 소송목적인 권리 또는 의무의 전부나 일부를 승계한 특정승계인이 소송참가하거나 소송인수한 경우에는 소송이 법원에 처음 계속된 때에 소급하여 시효중단의 효력이 생기는 점, 원고는 위 계약금반환채권을 채권자대위권에 기해 행사하다 다시 이를 양수받아 직접 행사한 것이어서 위 계약금반환채권과 관련하여 원고를 ‘권리 위에 잡자는 자’로 볼 수 없는 점 등에 비추어 볼 때, 당초의 채권자대위소송으로 인한 시효중단의 효력이 소멸하지 않는다(대판 2010.6.24. 2010다17284). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 275면

③ (X) : 상계의 항변을 제출할 당시 이미 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도로 제기하여 계속 중인 경우, 사실심의 담당재판부로서는 전소와 후소를 같은 기회에 심리·판단하기 위하여 이부, 이송 또는 변론병합 등을 시도함으로써 기판력의 저촉·모순을 방지함과 아울러 소송경제를 도모함이 바람직하였다고 할 것이나, 그렇다고 하여 특별한 사정이 없는 한 별소로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장이 허용되지 않는다고 볼 수는 없다(대판 2001.4.27. 2000다4050). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 267면

④ (X) : 채권자대위소송의 계속 중 다른 채권자가 같은 채무자를 대위하여 같은 제3채무자를 상대로 법원에 출소한 경우 두개 소송의 소송물이 같다면 후소는 중복제소금지의 원칙에 위배하여 제기된 부적법한 소송으로서 각하를 면할 수 없다(대판 1989.4.11. 87다카3155). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 265면

【문12】 판결의 확정에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 상소기각판결은 그것이 확정된 때 원판결이 확정된다.

② 청구의 일부를 인용한 판결에 대하여 원고만이 패소 부분에 대한 항소를 제기하고 피고는 항소나 부대항소를 제기하지 않았으면 제1심판결 중 원고 일부승소 부분은 항소심판결의 확정



시에 확정된다.

③ 항소기간 경과 후에 항소취하가 있는 경우에는 항소기간 만료 시로 소급하여 제1심판결이 확정되나, 항소기간 경과 전에 항소취하가 있는 경우에는 판결은 확정되지 아니하고 항소기간 내라면 항소인은 다시 항소의 제기가 가능하다.

④ 상소각하판결이 확정되면 상소가 없었던 것과 같은 결과가 되므로 원판결은 원판결에 대한 상소기간의 만료 시에 확정된다.

<정답>

②번

<해설>

① (O) : 상소기각판결은 그 판결이 확정된 때 원판결이 확정된다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 510면

② (X) : 원고의 청구를 일부 인용한 제1심판결에 대하여 원고만이 그 패소 부분에 대한 항소를 제기하고 피고는 항소나 부대항소를 제기하지 않은 경우, 제1심판결 중 원고 승소 부분은 항소심의 심판대상에서 제외됨으로써 항소심판결의 “선고”와 동시에 “확정”되는 것이고, 원고가 위와 같이 승소 확정된 부분에 대하여 상고를 제기하였다면 상고의 이익이 없어 부적법하다⁵⁾ (대판 2008.3.14. 2006다2940). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 511면

③ (O) : 항소의 취하가 있으면 소송은 처음부터 항소심에 계속되지 아니한 것으로 보게 되나 (민사소송법 제393조 제2항, 제267조 제1항), 항소취하는 소의 취하나 항소권의 포기과 달리 제1심 종국판결이 유효하게 존재하므로, 항소기간 경과 후에 항소취하가 있는 경우에는 항소기간 만료 시로 소급하여 제1심판결이 확정되나, 항소기간 경과 전에 항소취하가 있는 경우에는 판결은 확정되지 아니하고 항소기간 내라면 항소인은 다시 항소의 제기가 가능하다(대판 2016.01.14. 2015므3455). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 109면

④ (O) : 상소를 제기하였으나 상소각하판결이 나거나 상소장각하명령이 있는 경우 - 이들 재판이 확정되었을 것을 전제로 하여 상소기간의 만료 시에 확정된다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 510면

【문13】 보조참가에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① A와 B 사이의 소송에 C가 보조참가인으로 참가한 후 A와 B 사이의 소송이 화해권고결정에 의하여 종료된 경우에는 참가적 효력이 인정되지 아니한다.

② 원고와 피고 사이의 1심 원고 패소판결에 대하여 Z가 보조참가신청을 하며 항소장을 제출한 경우 원고는 보조참가인 Z가 제기한 항소를 임의로 포기하거나 취하할 수 없다.

③ 당사자는 참가에 대하여 이의를 신청할 수 있으며, 참가인은 그의 참가에 대한 이의신청이 있는 경우라도 참가를 허가하지 아니하는 결정이 확정될 때까지 소송행위를 할 수 있다.

④ 보조참가인에게 기일통지서 또는 출석요구서를 송달하지 아니함으로써 변론의 기회를 부여

5) [1] 항소심에서 심판의 대상이 되지 아니한 부분은 항소심판결의 선고와 동시에 확정된다는 취지이다. -유병현, 고시제 2009/2, 37면- [2] 확정된 부분의 소송종료선언 함이 옳을 것이다. -이시윤 제5판, 746면 각주 3)



하지 아니한 채 행하여진 기일의 진행은 적법한 것으로 볼 수 없으나, 기일통지서를 송달받지 못한 보조참가인이 변론기일에 직접 출석하여 변론할 기회를 가졌고 위 변론 당시 기일통지서를 송달받지 못한 점에 관하여 이의를 하지 아니하였다면 기일통지를 하지 않은 절차진행상의 흠이 치유된다.

<정답>

②번

<해설>

① (O) : 보조참가인이 피참가인을 보조하여 공동으로 소송을 수행하였으나 피참가인이 소송에서 패소한 경우에는 형평의 원칙상 보조참가인이 피참가인에게 패소판결이 부당하다고 주장할 수 없도록 구속력을 미치게 하는 이른바 참가적 효력이 인정되지만, 전소 확정판결의 참가적 효력은 전소 확정판결의 결론의 기초가 된 사실상 및 법률상의 판단으로서 보조참가인이 피참가인과 공동이익으로 주장하거나 다룰 수 있었던 사항에 한하여 미친다. 이러한 법리에 비추어 보면 전소가 확정판결이 아닌 화해권고결정에 의하여 종료된 경우에는 확정판결에서와 같은 법원의 사실상 및 법률상의 판단이 이루어졌다고 할 수 없으므로 참가적 효력이 인정되지 아니한다(대판 2015.05.28. 2012다78184). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 67면

② (X) : 민사소송법 제76조 제2항은 참가인의 소송행위가 피참가인의 소송행위에 어긋나는 경우에는 참가인의 소송행위는 효력을 가지지 아니한다고 규정하고 있는데, 그 규정의 취지는 피참가인들의 소송행위와 보조참가인들의 소송행위가 서로 어긋나는 경우에는 피참가인의 의사가 우선하는 것을 뜻하므로 피참가인은 참가인의 행위에 어긋나는 행위를 할 수 있고, 따라서 보조참가인들이 제기한 항소를 포기 또는 취하할 수도 있다(대판 2010. 10. 14. 2010다38168). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 65면

③ (O) : 제75조(참가인의 소송관계) ① 참가인은 그의 참가에 대한 이의신청이 있는 경우라도 참가를 허가하지 아니하는 결정이 확정될 때까지 소송행위를 할 수 있다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 63면

④ (O) : [1] 보조참가인의 소송수행권능은 피참가인으로부터 유래된 것이 아니라 독립의 권능이라고 할 것이므로 피참가인과는 별도로 보조참가인에 대하여도 기일의 통지, 소송서류의 송달 등을 행하여야 하고, 보조참가인에게 기일통지서 또는 출석요구서를 송달하지 아니함으로써 변론의 기회를 부여하지 아니한 채 행하여진 기일의 진행은 적법한 것으로 볼 수 없다. [2] 기일통지서를 송달받지 못한 보조참가인이 변론기일에 직접 출석하여 변론할 기회를 가졌고, 위 변론 당시 기일통지서를 송달받지 못한 점에 관하여 이의를 하지 아니하였다면, 기일통지를 하지 않은 절차진행상의 흠이 치유된다(대판 2007. 2. 22. 2006다75641). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 64면

【문14】 증인신문에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 증인이 자기의 친족 또는 이러한 관계에 있었던 사람과 현저한 이해관계가 있는 사항에 관하여 신문을 받을 때에는 증언을 거부할 수 있다.

② 법원은 효율적인 증인신문을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 증인을 신청한 당사자에



게 증인진술서를 제출하게 할 수 있고, 증인진술서가 제출된 경우에는 이를 서증으로 채택하되 만약 증인진술서를 제출한 증인이 불출석하는 경우에는 원칙적으로 서증으로도 채택하지 않아야 한다.

③ 당사자인 법인의 대표자는 증인이 될 수 없고 당사자신문의 대상이 된다.

④ 법원은 증인과 증명할 사항의 내용 등을 고려하여 상당하다고 인정하는 때에는 출석·증언에 갈음하여 증언할 사항을 적은 서면을 제출하게 할 수 있고, 법원에 제출된 서면증언은 변론기일에 현출됨으로써 증언으로서의 효력을 갖는다.

<정답>

①번

<정답>

① (X) : 증인이 자기 또는 「증인의 친족 또는 이러한 관계에 있었던 사람, 증인의 후견인 또는 증인의 후견을 받는 사람」과 현저한 이해관계가 있는 사항에 관하여 신문을 받을 때에는 「선서」를 거부할 수 있다(제324조). 이때에는 증언 자체는 거부할 수 없고 선서만을 거부할 수 있을 뿐이다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 421면

② (O) : 법원실무제요(Ⅲ), 54면. 다만 증인이 사망·질병 등 부득이한 사유로 불출석한 경우, 상대방이 특별한 이의를 제기하지 않는 경우도 있을 수 있으므로, 증인이 증언할 내용, 불출석 사유, 상대방의 의견 등을 고려하여 활용하는 것이 상당하다. <13 사무관> - 2017 김춘환 FOR 춘 민소법 기출문제집, 402면, 78번 그대로 출제!!

③ (O) : 제372조【법정대리인의 신문】소송에서 당사자를 대표하는 법정대리인에 대하여는 제367조 내지 제371조의 규정을 준용한다. 다만, 당사자 본인도 신문할 수 있다. 제64조【법인 등 단체의 대표자의 지위】법인의 대표자 또는 제52조의 대표자 또는 관리인에게는 이 법 가운데 법정대리와 법정대리인에 관한 규정을 준용한다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 442면

④ (O) : 제310조【증언에 갈음하는 서면의 제출】① 법원은 증인과 증명할 사항의 내용 등을 고려하여 상당하다고 인정하는 때에는 출석·증언에 “갈음”하여 증언할 사항을 적은 서면을 제출하게 할 수 있다. ② 법원은 상대방의 이의가 있거나 필요하다고 인정하는 때에는 제1항의 증인으로 하여금 출석·증언하게 할 수 있다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 424면

	서면증언	증인진술서	증인신문사항을 기재한 서면
법적 성질	증언	서증	서증
제출자	증인	당사자	당사자
증거조사방식	서면제출+변론현출	서면제출+변론현출 +증인의 출석, 증언	서면제출+변론현출 +증인의 출석, 증언

【문15】 소송비용 및 소송비용액 확정절차에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

① 항소심에서 소취하가 된 경우에는 제1심을 포함한 총 소송비용에 관하여 항소심 법원에 소송비용 부담의 재판과 소송비용액확정을 신청하여야 한다.



- ② 법정대리인 또는 소송대리인으로서 소송행위를 한 사람이 그 대리권 또는 소송행위에 필요한 권한을 받았음을 증명하지 못하거나 추인을 받지 못한 경우에 소가 각하된 경우에는 소송비용은 그 소송행위를 한 대리인이 부담한다.
- ③ 소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위 안에서 소송비용으로 인정하고, 위 소송비용을 계산할 때에는 여러 변호사가 소송을 대리하였더라도 한 변호사가 대리한 것으로 본다.
- ④ 본안재판으로 소송비용부담의 재판이 행하여진 때에 소송비용액 확정절차는 본안재판이 완결될 당시의 법원이 관할한다.

<정답>

④번

<해설>

- ① (O) : 소송이 판결에 의하지 아니하고 완결된 경우(소취하, 청구의 포기·인낙 등)에는 소송비용확정절차에 의하여 부담자, 부담비율 및 부담액을 정하지 않으면 안 되며(제114조), 이 때에 관할법원은 제1심소송법원이 아니라 소송이 완결된 당시의 소송계속법원이므로 그곳에 신청하여야 한다(대결 1992.11.30, 90마1003). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 555면
- ② (O) : 제107조【제3자의 비용상환】 ① 법정대리인·소송대리인·법원사무관 등이나 집행관이고의 또는 중대한 과실로 쓸데없는 비용을 지급하게 한 경우에는 수소법원은 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 그에게 비용을 갚도록 명할 수 있다. ② 법정대리인 또는 소송대리인으로서 소송행위를 한 사람이 그 대리권 또는 소송행위에 필요한 권한을 받았음을 증명하지 못하거나, 추인을 받지 못한 경우에 그 소송행위로 말미암아 발생한 소송비용에 대하여는 제1항의 규정을 준용한다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 554면
- ③ (O) : 제109조【변호사의 보수와 소송비용】 ① 소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위 안에서 소송비용으로 인정한다. ② 제1항의 소송비용을 계산할 때에는 여러 변호사가 소송을 대리하였더라도 한 변호사가 대리한 것으로 본다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 552면
- ④ (X) : 제110조【소송비용액의 확정결정】 ① 소송비용의 부담을 정하는 재판에서 그 액수가 정하여지지 아니한 경우에 제1심 법원은 그 재판이 확정되거나, 소송비용부담의 재판이 집행력을 갖게 된 후에 당사자의 신청을 받아 결정으로 그 소송비용액을 확정한다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 554면

【문16】 소송행위의 추후보완에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 당사자 본인뿐만 아니라 그 소송대리인 및 대리인의 보조인도 책임질 수 없는 사유로 말미암아 불변기간을 지킬 수 없었던 경우에는 추후보완을 할 수 있다.
- ② 조정이 성립되지 아니한 것으로 사건이 종결된 후 피신청인 주소가 변경되었는데도 주소변

6) 항소심에서 항소취하로 소송이 종료된 경우에 항소심 소송비용에 관하여는 항소취하 당시 소송계속법원인 항소심 법원이 그 비용부담의 재판과 아울러 그 비용액을 확정하는 재판을 하여야 한다. 다만 항소취하로 제1심판결이 그대로 확정된 것이므로 제1심 소송비용의 확정은 민사소송법 제110조 1항의 규정에 의하여 제1심법원이 관할법원이다(대결 1992. 11. 30, 자 90마1003).



경신고를 하지 않은 상태에서 조정이 소송으로 이행되어 변론기일통지서 등 소송서류가 발송 송달이나 공시송달의 방법으로 송달된 경우 피신청인이 소송의 진행상황을 조사하지 않아 상소제기의 불변기간을 지키지 못하였다면 이를 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암은 것이라고 할 수 없다.

③ 소송의 진행 도중 통상의 방법으로 소송서류를 송달할 수 없게 되어 공시송달의 방법으로 송달한 경우에는 처음 소장부분의 송달부터 공시송달의 방법으로 소송이 진행된 경우와 달라서 당사자에게 소송의 진행상황을 조사할 의무가 있으므로 당사자가 이러한 소송의 진행상황을 조사하지 않아 불변기간을 지키지 못하였다면 이를 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암은 것이라고 할 수 없다.

④ 판결의 선고 및 송달 사실을 알지 못하여 상소기간을 지키지 못한 데 과실이 없다는 사정은 상소를 추후보완하고 자 하는 당사자 측에서 주장·입증하여야 한다.

<정답>

②번

<해설>

① (O) : 민사소송법 제160조 제1항은 "당사자가 그 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 불변기간을 준수할 수 없었던 경우에는 그 사유가 없어진 후 2주일 내에 해태된 소송행위를 추완할 수 있다."고 규정하고 있는 바, 여기서 말하는 '당사자가 그 책임을 질 수 없는 사유'라고 함은 당사자가 그 소송행위를 하기 위하여 일반적으로 하여야 할 주의를 다하였음에도 불구하고 그 기간을 준수할 수 없었던 사유를 가리키고, 그 당사자에게는 당사자 본인뿐만 아니라 그 소송대리인 및 대리인의 보조인도 포함된다(대판 1999. 6. 11. 99다9622). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 370면

② (X) : 민사조정법은 "조정에 관하여는 민사조정법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 비송사건절차법 제1편(제15조는 제외한다)을 준용한다."(제39조)고 규정하고 있고, "조정절차에서의 당사자 또는 이해관계인의 진술은 민사소송에서 원용하지 못한다."(제23조)고 규정하고 있는 등 민사조정절차와 민사소송절차를 준별하고 있다. 한편 민사조정법은 '조정이 성립되지 아니한 것으로 사건이 종결된 경우에는 조정신청을 한 때에 소가 제기된 것으로 본다'(제36조 제1항 제2호)고 규정하고 있으나, 이는 조정이 불성립된 경우 조정신청인이 다시 시간과 노력을 들여 별도로 소를 제기하여야 하는 번거로움을 덜어주어 조정신청인의 신속한 권리 구제를 도모하려는 데 그 취지가 있을 뿐, 민사조정절차를 민사소송절차와 동일하게 취급하려는 데 그 취지가 있다고 볼 수 없다. 또한 민사조정법 제36조 제1항에 따라 조정신청을 한 때에 소가 제기된 것으로 보는 경우에도 신청인은 소를 제기할 때 소장에 붙여야 할 인지액에서 그 조정신청서에 붙인 인지액을 뺀 금액에 상당하는 인지를 보정하여야 하고(민사조정법 제36조 제2항), 신청인이 조정담당판사가 정한 보정기간 내에 그 인지를 보정하지 아니한 때에는 조정담당판사는 결정으로 조정신청서를 각하하여야 하므로(민사조정규칙 제16조의4), 조정이 성립되지 아니한 것으로 사건이 종결된 경우에 반드시 소송절차로 이행된다고 볼 수도 없다. 따라서 조정 피신청인이 적법하게 조정신청서 부분 등을 송달받고 조정절차에 참여하였다고 하더라도, 조정이 성립하지 아니하였다면 피신청인



로서는 특별한 사정이 없는 한 조정신청서 부분의 송달이 소장 부분의 송달을 갈음하는 것이어서 별도의 절차를 거치지 아니한 채 곧바로 변론기일통지서 송달절차가 진행되는 등 소송절차가 진행된다는 점을 알지 못하였다고 봄이 타당하다. 그렇다면 조정이 성립되지 아니한 것으로 사건이 종결된 후 피신청인의 주소가 변경되었음에도 피신청인이 조정법원에 주소변경신고를 하지 않은 상태에서 민사조정법 제36조 제1항 제2호에 따라 조정이 소송으로 이행되었는데, 통상의 방법으로 변론기일통지서 등 소송서류를 송달할 수 없게 되어 발송송달이나 공시송달의 방법으로 송달한 경우에는 처음부터 소장 부분이 적법하게 송달된 경우와 달라서 피신청인에게 소송의 진행상황을 조사할 의무가 있다고 할 수 없다. 따라서 피신청인이 이러한 소송의 진행상황을 조사하지 않아 상소제기의 불변기간을 지키지 못하였다면 이는 당사자가 책임질 수 없는 사유로 말미암은 것에 해당한다(대판 2015.08.13. 2015다213322). - 2017 김춘환 FORTUNE 조문집, 161면

③ (O) : 판례는 일단 통상의 방식에 따라 적법한 송달이 이루어져 당사자가 소송계속 여부를 알고 있는 경우에는 소송의 진행상태를 조사하여 그 결과까지도 알아보아야 할 의무가 있으므로, 그 후 공시송달로 진행되어 판결이 송달되었더라도 항소기간을 지킬 수 없었던 것에 당사자의 책임을 인정한다(대판 2001. 7. 27. 2001다30339, 대판 1998. 10. 2. 대판 97다50152, 대판 1994. 6. 14. 93다62607). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 370면

④ (O) : 민사소송법 제186조 제1항에 의하면 근무장소 외의 송달할 장소에서 송달받을 사람을 만나지 못한 때에는 동거인 등으로서 사리를 분별할 능력이 있는 사람에게 서류를 교부하는 방법으로 송달할 수 있고, 여기에서 말하는 ‘송달할 장소’가 반드시 송달을 받을 사람의 주민등록상의 주소지에 한정되는 것은 아니며, ‘동거인’ 역시 송달을 받을 사람과 사실상 동일한 세대에 속하여 생활을 같이 하는 사람이지만 하면 되는데, 판결의 선고 및 송달 사실을 알지 못하여 상소기간을 지키지 못한 데 과실이 없다는 사정은 상소를 추후보완 하고자 하는 당사자 측에서 주장·입증하여야 한다(대판 2012. 10. 11. 2012다44730). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 371면

【문17】 서증에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 사실조회(조사의 촉탁) 회보에 관하여는 원칙적으로 이를 따로 서증으로 제출시킬 필요는 없다.
- ② 서증은 법원 밖에서 증거조사를 하는 경우(민사소송법 제297조) 이외에는 당사자가 변론기일 또는 변론준비기일에 출석하여 현실적으로 제출하여야 하고, 서증이 첨부된 소장 또는 준비서면 등이 진술되는 경우에도 마찬가지이다.
- ③ 문서송부촉탁에 의하여 송부된 문서는 자동적으로 그 사건에서 증거자료로 되는 것은 아니고, 신청인이 그 중에서 필요한 것을 서증으로 제출함으로써 비로소 증거자료가 된다.
- ④ 당사자가 문서제출명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있고, 결정으로 당사자에게 500만 원 이하의 과태료에 처할 수 있으며, 위 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

<정답>

④번



<해설>

- ① (O) : 조사·송부촉탁의 결과를 증거자료로 함에는 법원이 이를 변론에 현출하여 당사자에게 의견진술의 기회를 주어야 하나, 당사자에 의한 원용은 필요 없다고 할 것이다. 조사·송부촉탁의 결과는 따로 서증으로 제출할 필요가 없다. 문서송부촉탁의 경우와 다르다(제352조). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 446면
- ② (O) : 서증은 법원 외에서 조사하는 경우(민사소송법 제297조) 이외에는 당사자가 변론기일 또는 준비절차기일에 출석하여 현실적으로 제출하여야 하고, 서증이 첨부된 소장 또는 준비서면 등이 진술되는 경우에도 마찬가지라고 할 것이다(대판 1991. 11. 8. 91다15775). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 361면
- ③ (O) : 송부된 문서가 자동적으로 그 사건에서 증거자료로 되는 것은 아니고, 신청인이 그 중에서 필요한 것을 서증으로 제출함으로써 비로소 증거자료가 되고, 실질적인 증명력을 갖게 하기 위하여 문서의 진정성립을 별도로 입증하여야 한다[법원실무제요(Ⅲ), 161면]. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 440면
- ④ (X) : 제349조, 제350조, 제351조 참고. 법원은 그 문서의 기재에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있을 뿐이다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 439면

【문18】 소송요건에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 채권자대위소송에서 피보전채권이 존재하는지 여부에 관하여 법원으로서 그 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무가 있다.
- ② 소송판결의 기판력은 그 판결에서 확정된 소송요건의 흠결에 관하여 미치는 것이지만, 당사자가 그러한 소송요건의 흠결을 보완하여 다시 소를 제기한 경우에는 그 기판력의 제한을 받지 않는다.
- ③ 당사자능력은 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결시를 기준으로 판단하여야 한다.
- ④ 제척기간이 경과하였는지 여부는 이에 대한 당사자의 주장이 없더라도 법원이 당연히 직권으로 조사하여 재판에 고려하여야 한다.

<정답>

①번

<해설>

- ① (X) : 채권자대위소송에서 대위에 의하여 보전될 채권자의 채무자에 대한 권리(피보전채권)가 존재하는지 여부는 소송요건으로서 법원의 직권조사사항이므로, 법원으로서 그 판단의 기초자료인 사실과 증거를 직권으로 탐지할 의무까지는 없다 하더라도, 법원에 현출된 모든 소송자료를 통하여 살펴본다 피보전채권의 존부에 관하여 의심할 만한 사정이 발견되면 직권으로 추가적인 심리·조사를 통하여 그 존재 여부를 확인하여야 할 의무가 있다(대판 2009.4.23. 2009다3234). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 222면
- ② (O) : 소송판결의 기판력은 그 판결에서 확정된 소송요건의 흠결에 관하여 미치는 것이지만, 당사자가 그러한 소송요건의 흠결을 보완하여 다시 소를 제기한 경우에는 그 기판력의 제한을 받지 않는다(대판 2003.4.8. 선고 2002다70181). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법,



516면

③ (O) : 자연발생적으로 성립하는 고유한 의미의 종중이라도 그와 같은 비법인사단의 요건을 갖추어야 당사자능력이 인정된다 할 것이고 이는 소송요건에 관한 것으로서 사실심의 변론종결 시를 기준으로 판단하여야 한다(대판 2013.01.10. 2011다64607). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 223면

④ (O) : 매매예약완결권의 제척기간이 도과하였는지 여부는 소위 직권조사사항으로서 이에 대한 당사자의 주장이 없더라도 법원이 당연히 직권으로 조사하여 재판에 고려하여야 하므로, 상고법원은 매매예약완결권이 제척기간 도과로 인하여 소멸되었다는 주장이 적법한 상고이유서 제출기간 경과 후에 주장되었다 할지라도 이를 판단하여야 한다(대판 2000. 10. 13. 99다18725). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 305면

【문19】 변론주의에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 취득시효의 기산점은 간접사실에 불과하므로 법원으로서는 이에 관한 당사자의 주장에 구속되지 아니하고 소송상 나타난 자료에 의하여 점유의 시기를 인정할 수 있다.
- ② 당사자가 어떠한 법률효과를 주장하면서 미처 깨닫지 못하고 그 요건사실 일부를 빠뜨린 경우 법원이 그 누락사실을 지적하는 것은 변론주의의 원칙에 위배되는 것으로서 석명권 행사의 한계를 일탈하는 것이다.
- ③ 청구취지가 특정되지 않았는데도 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 이를 명백히 간과한 채 본안에 관하여 공방을 하고 있는 경우 보정의 기회를 부여하지 아니한 채 청구취지 불특정을 이유로 소를 각하하는 것은 석명의무를 다하지 아니한 것으로서 위법하다.
- ④ 임대인이 임차인을 상대로 제기한 지상물 철거 및 토지인도청구소송에서 임차인이 지상물 매수청구권을 행사한 경우에 법원은 임대인에게 대금지급과 상환으로 지상물의 인도청구로 소 변경의 의사가 있는지 여부에 대한 석명의무가 있다.

<정답>

②번

<해설>

- ① (O) : 취득시효기간을 계산할 때에, 점유기간 중에 해당 부동산의 소유권자가 변동된 경우에는 취득시효를 주장하는 자가 임의로 기산점을 선택하거나 소급하여 20년 이상 점유한 사실만 내세워 시효완성을 주장할 수 없으며, 법원이 당사자의 주장에 구애됨이 없이 소송자료에 의하여 인정되는 바에 따라 진정한 점유의 개시시기를 인정하고, 그에 더 잡아 취득시효 주장의 당부를 판단하여야 한다(대판 2015.03.20. 2012다17479). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 301면
- ② (X) : 어떠한 법률효과를 주장하면서 그 요건사실을 누락했을 때 이의 보충을 위한 석명이 필요하다(대판 1995.2.28. 94누4325). 判例도 “당사자가 어떠한 법률효과를 주장하면서 미처 깨닫지 못하고 그 요건사실 일부를 빠뜨렸을 때에는 법원은 그 누락사실을 지적하고 당사자가 이점에 관하여 변론을 하지 아니하는 취지가 무엇인가를 밝혀, 당사자에게 그에 대한 변론을 할 기회를 주어야 할 의무가 있다고 할 것이다.”라고 하였다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 308면



③ (O) : 청구취지가 불명·불특정·법률적으로 부정확한 경우에는 원고가 소로써 달성하려는 진정한 목적이 무엇인지를 석명하여야 한다. 예를 들어 청구의 변경에 있어서 그 형태가 교환적인지 추가적인지 불명한 때(대판 1995.5.12. 94다6802), 확인의 소에 있어서 목적물이 특정되지 아니한 때(대판 1971.11.15. 71다1934)에는 이를 바로 잡기 위한 석명을 하여야 한다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 308면

④ (O) : 임대인이 종전의 청구를 계속 유지할 것인지 아니면 대금지급과 상환으로 지상물의 명도를 청구할 의사가 있는지를 석명하고 임대인이 그 석명에 의하여 소를 변경한 때에는 지상물명도의 판결을 함으로써 분쟁의 일회적 해결을 꾀해야 한다[대판(全)1995.7.11. 94다34265]. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 307면

【문20】 소취하에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 원고 소송대리인으로부터 소송대리인 사임신고서 제출을 지시받은 사무원은 원고 소송대리인의 표시기관에 해당되어 그의 착오는 원고 소송대리인의 착오라고 보아야 하므로 그 사무원의 착오로 원고 소송대리인의 의사에 반하여 소를 취하하였다고 하여도 이를 무효라고 볼 수는 없다.
- ② 적법한 소취하의 서면이 제출되었더라도 그 서면이 상대방에게 송달되기 전에는 원고는 이를 임의로 철회할 수 있다.
- ③ 당사자가 소취하서를 작성하여 제출할 경우 반드시 취하권자나 그 포괄승계인만이 이를 제출하여야 한다고 볼 수는 없고, 제3자에 의한 제출도 허용되며, 상대방에게 소취하서를 교부하여 그로 하여금 제출하게 하는 것도 상관없다.
- ④ 소의 취하가 부존재 또는 무효라는 것을 주장하는 당사자는 기일지정신청을 할 수 있고, 법원이 변론을 열어 신청사유에 관하여 심리한 결과 신청이 이유 없다고 인정하는 경우에는 판결로 소송의 종료를 선언하여야 한다.

<정답>

②번

<해설>

① (O), ② (X) : 소의 취하는 원고가 제기한 소를 철회하여 소송계속을 소멸시키는 원고의 법원에 대한 소송행위이고 소송행위는 일반 사법상의 행위와는 달리 내심의 의사보다 그 표시를 기준으로 하여 그 효력 유무를 판정할 수밖에 없는 것인바, 원고들 소송대리인으로부터 원고 중 1인에 대한 소취하를 지시받은 사무원은 원고들 소송대리인의 표시기관에 해당되어 그의 착오는 원고들 소송대리인의 착오로 보아야 하므로, 그 사무원의 착오로 원고들 소송대리인의 의사에 반하여 원고들 전원의 소를 취하하였다 하더라도 이를 무효라 볼 수는 없고, 적법한 소취하의 서면이 제출된 이상 그 서면이 상대방에게 송달되기 전·후를 묻지 않고 원고는 이를 임의로 철회할 수 없다(대판 1997. 6. 27. 97다6124). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 348면, 각주 109)

③ (O) : 당사자가 소취하서를 작성하여 제출할 경우 반드시 취하권자나 그 포괄승계인만이 이를 제출하여야 한다고 볼 수는 없고, 제3자에 의한 제출도 허용되며, 나아가 상대방에게 소



취하서를 교부하여 그로 하여금 제출하게 하는 것도 상관없다고 할 것이다(대판 2001. 10. 26. 2001다37514). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 473면

④ (O) : 규칙 제67조【소취하의 효력을 다투는 절차】 ① 소의 취하가 부존재 또는 무효라는 것을 주장하는 당사자는 기일지정신청을 할 수 있다. ② 제1항의 신청이 있는 때에는 법원은 변론을 열어 신청사유에 관하여 심리하여야 한다. ③ 법원이 제2항의 규정에 따라 심리한 결과 신청이 이유 없다고 인정하는 경우에는 판결로 소송의 종료를 선언하여야 하고, 신청이 이유 있다고 인정하는 경우에는 취하 당시의 소송정도에 따라 필요한 절차를 계속하여 진행하고 중간판결 또는 종국판결에 그 판단을 표시하여야 한다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 466면

【문21】 항소 또는 상고에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 항소장에는 당사자 또는 대리인이 기명날인 또는 서명하여야 하나 항소장에 항소인의 기명날인 등이 누락되었다고 하더라도 기재에 의하여 항소인이 누구인지 알 수 있고, 그것이 항소인 의사에 기하여 제출된 것으로 인정되면 이를 무효라고 할 수 없다.
- ② 결정·명령과 같은 재판은 그 원본이 법원사무관등에게 교부되었을 때 성립한 것으로 보아야 하므로 각하명령이 성립한 이상 그 명령정본이 당사자에게 고지되기 전에 부족한 인지를 보정하였다 하여도 각하명령이 위법한 것으로 되는 것은 아니다.
- ③ 부대항소는 항소심 변론종결 시까지 할 수 있으며, 부대상고는 상고이유서 제출기간 만료 시까지 할 수 있다.
- ④ 항소장 및 상고장 심사권은 재판장의 고유권한이므로 법원사무관으로 하여금 보정명령을 하게 할 수는 없다.

<정답>

④번

<해설>

① (O) : 민사소송법 제398조, 제274조 제1항은 항소장에는 당사자 또는 대리인이 기명날인 또는 서명하여야 한다고 규정하고 있으나, 항소장에 항소인의 기명날인 등이 누락되었다고 하더라도 기재에 의하여 항소인이 누구인지 알 수 있고, 그것이 항소인 의사에 기하여 제출된 것으로 인정되면 이를 무효라고 할 수 없다(대판 2011. 5. 13. 2010다84956). - 2017 김춘환 FOR 춘 민소법 기출문제집, 679면, 19번 그대로 출제!!

② (O) : 판결과 같이 선고가 필요하지 않은 결정이나 명령과 같은 재판은 그 원본이 법원사무관등에게 교부되었을 때 성립한 것으로 보아야 하므로, 이미 각하명령이 성립한 이상 그 명령정본이 당사자에게 고지되기 전에 부족한 인지를 보정하였다 하여 위 각하명령이 위법한 것으로 되거나 재도의 고안에 의하여 그 명령을 취소할 수 있는 것은 아니다(대결 2013. 7. 31. 자 2013마670 ; 대결 1969. 12. 8. 자 69마703). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 139면, 각주 24)

③ (O) : 제403조【부대항소】 피항소인은 항소권이 소멸된 뒤에도 변론이 종결될 때까지 부대항소(부대항소)를 할 수 있다. 피상고인은 상고권이 소멸된 후에도 부대상고를 할 수 있지만 상고이유서 제출기간 내에 부대상고를 제기하고 부대상고이유서를 제출하여야 한다(대판 2013.02.14.



2011두25005). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 125면

④ (X) : 제399조(원심재판장등의 항소장심사권) ① 항소장이 제397조제2항의 규정에 어긋난 경우와 항소장에 법률의 규정에 따른 인지를 붙이지 아니한 경우에는 원심재판장은 항소인에게 상당한 기간을 정하여 그 기간 이내에 흠을 보정하도록 명하여야 한다. 원심재판장은 법원 사무관등으로 하여금 위 보정명령을 하게 할 수 있다. <개정 2014.12.30.> 제425조【항소심절차의 준용】 상고와 상고심의 소송절차에는 특별한 규정이 없으면 제1장의 규정을 준용한다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 124면

【문22】 송달에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 첫 공시송달은 실시한 날부터 2주가 지나야 효력이 생긴다. 다만, 같은 당사자에게 하는 그 뒤의 공시송달은 실시한 다음 날부터 효력이 생긴다.
- ② 항소 제기기간 계산의 기산점이 되는 판결정본 송달상의 하자는 이에 대한 이의권(책문권)의 상실로 인하여 치유된다고 볼 수 있다.
- ③ 여러 사람이 공동으로 대리권을 행사하는 경우의 송달은 그 가운데 한 사람에게 하면 된다.
- ④ 국가경찰관서의 유치장에 체포 또는 유치된 사람에게 할 송달은 국가경찰관서의 장에게 한다.

<정답>

②번

<해설>

- ① (O) : 제196조【공시송달의 효력발생】 ① 첫 공시송달은 제195조의 규정에 따라 실시한 날부터 2주가 지나야 효력이 생긴다. 다만, 같은 당사자에게 하는 그 뒤의 공시송달은 실시한 다음 날부터 효력이 생긴다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 385면
- ② (X) : 재판의 적정, 소송의 신속 등 공익에 관련이 있는 강행규정에 위반한 경우는 이의권의 포기·상실의 대상이 되지 않는다. 직권조사사항이 대표적인데, 예를 들어 소송요건, 상소요건, 재심요건, 불변기간의 준수, 판결정본의 송달, 법원의 제척, 법원의 구성 등이 이에 해당한다. 즉 판결정본 송달은 상소제기기간의 기산점이 되므로(제396조), 이는 강행규정이기 때문이다(통설, 판례). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 327면
- ③ (O) : 제180조【공동대리인에게 할 송달】 여러 사람이 공동으로 대리권을 행사하는 경우의 송달은 그 가운데 한 사람에게 하면 된다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 377면
- ④ (O) : 제182조【구속된 사람 등에게 할 송달】 교도소·구치소 또는 국가경찰관서의 유치장에 체포·구속 또는 유치(유치)된 사람에게 할 송달은 교도소·구치소 또는 국가경찰관서의 장에게 한다.<개정 2006.2.21.> - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 377면

【문23】 소송물에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 서로 소송물을 달리하므로 채권자로서는 어느 하나의 청구권에 관한 소를 제기하여 승소 확정판결을 받았다고 하더라도 아직 채권의 만족을 얻지 못한 경우에는 다른 나머지 청구권에 관한 이행판결을 얻기 위하여 그에 관한 이행의 소를 제기할 수 있다.



- ② 동일 부동산에 대하여 이전등기를 구하면서 그 등기청구권의 발생원인을 처음에는 매매로 하였다가 후에 취득시효의 완성을 선택적으로 추가하는 것은 별개의 청구를 추가시킨 것이다.
- ③ 불법행위로 인한 적극적 손해의 배상을 명한 전소의 변론종결 후에 새로운 적극적 손해가 발생한 경우 전소의 변론종결 당시 그 손해의 발생을 예견할 수 없었고 또 그 부분 청구를 포기하였다고 볼 수 없는 등 특별한 사정이 있다면 그 부분에 대한 손해배상의 청구는 전소의 소송물과는 별개의 소송물이다.
- ④ 재심사건에서 재심원고가 민사소송법 제451조에 규정된 재심사유 중 어느 한 가지 사유를 주장하였다가 다른 재심사유를 추가로 주장하는 것은 공격방법의 추가에 불과하다.

<정답>

④번

<해설>

- ① (O) : 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 서로 실체법상 별개의 청구권으로 존재하고 그 각 청구권에 기초하여 이행을 구하는 소는 소송법적으로도 소송물을 달리하므로, 채권자로서는 어느 하나의 청구권에 관한 소를 제기하여 승소 확정판결을 받았다고 하더라도 아직 채권의 만족을 얻지 못한 경우에는 다른 나머지 청구권에 관한 이행판결을 얻기 위하여 그에 관한 이행의 소를 제기할 수 있다. 그리고 채권자가 먼저 부당이득반환청구의 소를 제기하였을 경우 특별한 사정이 없는 한 손해 전부에 대하여 승소판결을 얻을 수 있었을 것임에도 우연히 손해배상청구의 소를 먼저 제기하는 바람에 과실상계 또는 공평의 원칙에 기한 책임제한 등의 법리에 따라 그 승소액이 제한되었다고 하여 그로써 제한된 금액에 대한 부당이득반환청구권의 행사가 허용되지 않는 것도 아니다(대판 2013. 9. 13. 2013다45457). - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 240면
- ② (O) : 이전등기청구사건에 있어서 등기원인을 전소에서는 매매(또는 대물변제)를 후소에서는 취득시효완성을 주장하면서 청구하는 경우, 공격방어방법의 차이가 아니라 등기청구권의 발생원인의 차이로 하여 소송물이 별개라는 전제⁷⁾에서 전소의 기판력은 후소에 미치지 않는다고 본다(대판 1996.08.23. 94다49922). 이에 반해 말소등기소송의 소송물은 등기원인무효를 주장하는 것이면 어느 경우나 막론하고 하나의 소송물로 보아야 하고, 그 원인을 달리 구성한다고 해도 공격방법의 차이에 지나지 않는다⁸⁾고 본다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 241면
- ③ (O) : 判例는 “불법행위로 인한 적극적 손해의 배상을 명한 전소송의 변론종결 후에 새로운 적극적 손해가 발생한 경우에 그 소송의 변론종결당시 그 손해의 발생을 예견할 수 없었고 또 그 부분 청구를

7) 소유권이전등기청구사건에 있어서 등기원인을 달리하는 경우에는 그것이 단순히 공격·방어방법의 차이에 불과한 것이 아니고 등기원인별로 별개의 소송물로 인정 된다(대판 1996.08.23. 94다49922).

8) 말소등기청구사건의 소송물은 당해 등기의 말소등기청구권이고 그 동일성 식별의 표준이 되는 청구원인, 즉 말소등기청구권의 발생원인은 당해 등기원인의 무효라 할 것으로서 등기원인의 무효를 뒷받침하는 개개의 사유는 독립된 공격방어방법에 불과하여 별개의 청구원인을 구성하는 것이 아니라 할 것이므로 전소에서 원고가 주장한 사유나 후소에서 주장하는 사유들은 모두 등기의 원인무효를 뒷받침하는 공격방법에 불과할 것일 뿐 그 주장들이 자체로서 별개의 청구원인을 구성한다고 볼 수 없고 모두 전소의 변론종결 전에 발생한 사유라면 전소와 후소는 그 소송물이 동일하여 후소에서의 주장사유들은 전소의 확정판결의 기판력에 저촉되어 허용될 수 없는 것이다(대판 1993.06.29. 93다11050).



포기하였다고 볼 수 없는 등 특별한 사정이 있다면 전소송에서 그 부분에 관한 청구가 유보되어 있지 않다고 하더라도 이는 전소송의 소송물과는 별개의 소송물이므로 전소송의 기판력에 저촉되는 것이 아니다(대판 1980.11.25, 80다1671).”고 하여 별개의 소송물설의 입장이다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 540면, 각주 69)

④ (X) : 이혼소송에서는 각 이혼사유마다 소송물이 별개이며(대판 1963.1.31. 62다812), 재심의 소의 소송물은 각 재심사유마다 별개가 된다(대판 1970.1.2. 69다1888)는 입장이다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 242면

【문24】 이행권고결정에 관한 다음 설명 중 가장 옳지 않은 것은?

- ① 이의신청을 한 피고는 제1심판결이 선고되기 전까지 이의신청을 취할 수 있다.
- ② 법원사무관등은 이행권고결정이 확정판결과 같은 효력을 가지게 된 때에는 이행권고결정서 정본을 원고에게 송달하여야 한다.
- ③ 확정된 이행권고결정에 기한 강제집행에 있어서는 원칙적으로 집행문을 부여받을 필요가 없이 이행권고결정서 정본에 의해 집행할 수 있다.
- ④ 확정된 이행권고결정에 재심사유에 해당하는 하자가 있다면 피고는 이를 이유로 민사소송법 제461조가 정한 준재심의 소를 제기할 수 있다.

<정답>

④번

<해설>

① (O) : 제5조의4 (이행권고결정에 대한 이의신청) ① 피고는 이행권고결정서의 등본을 송달받은 날부터 2주 일내에 서면으로 이의신청을 할 수 있다. 다만, 그 등본이 송달되기 전에도 이의신청을 할 수 있다.
② 제1항의 기간은 불변기간으로 한다. ③ 법원은 제1항의 이의신청이 있는 때에는 지체 없이 변론 기일을 지정하여야 한다. ④ 이의신청을 한 피고는 제1심 판결이 선고되기 전까지 이의신청을 취할 수 있다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 163면

② (O) : 제5조의7 (이행권고결정의 효력) ② 법원사무관등은 이행권고결정이 확정판결과 같은 효력을 가지게 된 때에는 이행권고결정서의 정본을 원고에게 송달하여야 한다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 164면

③ (O) : 제5조의8 (이행권고결정에 기한 강제집행의 특례) ① 이행권고결정에 기한 강제집행은 집행문을 부여받을 필요 없이 제5조의7제2항의 결정서의 정본에 의하여 행한다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 164면

④ (X) : 소액사건심판법 제5조의7 제1항은 이행권고결정에 관하여 피고가 일정한 기간 내 이의신청을 하지 아니하거나 이의신청에 대한 각하결정이 확정된 때 또는 이의신청이 취하된 때에는 그 이행권고결정은 확정판결과 같은 효력을 가진다고 규정하고 있다. 그러나 확정판결에 대한 청구이의 이유를 변론이 종결된 뒤(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결이 선고된 뒤)에 생긴 것으로 한정하고 있는 민사집행법 제44조 제2항과는 달리, 소액사건심판법 제5조의8 제3항은 이행권고결정에 대한 청구에 관한 이의의 주장에 관하여는 위 민사집행법 규정에 의한 제한을 받지 아니한다고 규정하고 있으므로, 확정된 이행권고결정에 관하여는 그 결정 전에 생긴 사유도 청구에 관한 이의의 소에서



주장할 수 있다. 이에 비추어 보면 위 소액사건심판법 규정들의 취지는 확정된 이행권고결정에 확정 판결이 가지는 효력 중 기판력을 제외한 나머지 효력인 집행력 및 법률요건적 효력 등의 부수적 효력을 인정하는 것이고, 기판력까지 인정하는 것은 아니다(대판 2009.5.14. 2006다34190). 즉 준재심의 소의 대상이 되지 아니한다. <16 서기보> - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법(02), 164면

【문25】 민사소송법상 전문심리위원제도에 관한 다음 설명 중 옳은 것을 모두 고른 것은?

가. 우리 민사소송법은 형사재판에서의 배심원제도와 유사한 참심원 제도인 ‘전문심리위원 제도’를 도입하여 전문심리위원들로 하여금 전문적인 영역에서 발생한 분쟁에 관하여 재판의 합의에 참여하도록 함으로써 사건의 적정한 해결을 도모하고 있다.

나. 법원은 상당하다고 인정되는 경우 직권이나 당사자의 신청에 따라 전문심리위원 지정 결정을 취소할 수 있으며, 당사자들이 합의로 전문심리위원 지정 결정을 취소해 줄 것을 신청하는 경우에는 그 결정을 취소하여야 한다.

다. 전문심리위원이 제출한 서면이나 전문심리위원의 설명 또는 의견진술은 민사소송법상 증거자료가 될 수 없으므로 법원은 전문심리위원의 서면이나 설명·의견에 관하여 당사자에게 의견진술의 기회를 줄 필요는 없다.

라. 전문심리위원에 대해서도 민사소송법에 따라 제척·기피신청을 할 수 있다.

- ① 가, 나, 다
 ② 나, 다, 라
 ③ 가, 라
 ④ 나, 라

<정답>

④번

<해설>

가. (X) : 제164조의2【전문심리위원의 참여】 ② 전문심리위원은 전문적인 지식을 필요로 하는 소송절차에서 설명 또는 의견을 기재한 서면을 제출하거나 기일에 출석하여 설명이나 의견을 진술할 수 있다. 다만, **재판의 합의에는 참여할 수 없다.** - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 92면

나. (O) : 제164조의3【전문심리위원 참여결정의 취소】 ① 법원은 상당하다고 인정하는 때에는 직권이나 당사자의 신청으로 제164조의2제1항에 따른 결정을 취소할 수 있다. ② 제1항에도 불구하고 당사자가 합의로 제164조의2제1항에 따른 결정을 취소할 것을 신청하는 때에는 법원은 그 결정을 취소하여야 한다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 92면

다. (X) : 제164조의2【전문심리위원의 참여】 ④ 법원은 제2항에 따라 전문심리위원이 제출한 서면이나 전문심리위원의 설명 또는 의견의 진술에 관하여 당사자에게 구술 또는 서면에 의한 의견진술의 기회를 주어야 한다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 92면

라. (O) : 제164조의5【전문심리위원의 제척 및 기피】 ① 전문심리위원에게 제41조부터 제45조까지 및 제47조를 준용한다. ② 제척 또는 기피 신청을 받은 전문심리위원은 그 신청에 관한 결정이 확정될 때까지 그 신청이 있는 사건의 소송절차에 참여할 수 없다. 이 경우 전문심리위원은 당해 제척 또는 기피 신청에 대하여 의견을 진술할 수 있다. - 2017 김춘환 FORTUNE 민사소송법, 92면